

# Os Efeitos da Constituição em Relação à Cláusula da Boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil

**GUSTAVO TEPEDINO**

*Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ.*

**ANDERSON SCHREIBER**

*Professor de Direito Civil da PUC-Rio.*

## **1. Gênese da boa-fé objetiva no direito brasileiro. A boa-fé nas relações de consumo. A confusão entre os fins do Código de Defesa do Consumidor e a função da boa-fé objetiva.**

Até o advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, o termo *boa-fé* era utilizado pelos tribunais brasileiros exclusivamente em sua acepção subjetiva, isto é, como sinônimo de um estado psicológico do sujeito caracterizado pela ausência de malícia, pela sua crença ou suposição pessoal de estar agindo em conformidade com o direito.<sup>1</sup> Era também neste sentido que o Código Civil de 1916 empregava o termo, referindo-se, por exemplo, ao possuidor de *boa-fé* como aquele que tem a posse de um bem sem consciência de que há um vício ou obstáculo que lhe impede a aquisição do domínio sobre a coisa.<sup>2</sup> Tomada neste sentido, a existência ou não de *boa-fé* é questão inteiramente subjetiva, vinculada ao estado anímico do agente.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> O Código Comercial brasileiro, de 1850, já havia feito, em seu artigo 131, referência à *boa-fé* como critério interpretativo dos contratos comerciais. O dispositivo, contudo, teve aplicação insignificante e a acepção ali atribuída ao princípio da *boa-fé*, além de fundada em preocupações distintas, é muito mais restrita que aquela que, hoje, se confere à *boa-fé* objetiva.

<sup>2</sup> O artigo 490 do Código Civil de 1916 dispunha expressamente: “É de *boa-fé* a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito possuído.” Na doutrina, confira-se, por tantos outros, a tradicional lição de LACERDA DE ALMEIDA, **Direito das Coisas**, Rio de Janeiro: J. Ribeiro Santos, 1908, p. 217-218: “*Boa-fé* neste sentido vem a ser a crença em que está o possuidor de que a coisa lhe pertence, crença plausível, isto é, de que a coisa foi adquirida por título capaz de transmitir domínio, capaz, no modo de ver do possuidor (porque a *boa-fé* não pode deixar de ser fato inteiramente subjetivo), quaisquer que sejam os vícios de forma ou de substância que afetem o título, sem distinguir mesmo se tal crença repousa em erro de fato ou em erro de direito.”

<sup>3</sup> Como afirma JUDITH MARTINS-COSTA: “A *boa-fé* subjetiva denota, portanto, primariamente, a idéia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância escusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante

Ao longo dos séculos XIX e XX, contudo, o acelerado desenvolvimento do capitalismo e o advento de uma sociedade de massas vieram evidenciar abusos praticados por agentes econômicos em face de contratantes mais vulneráveis, sobretudo em países como o Brasil, em que o acesso ao Poder Judiciário e a outros meios efetivos de coibição destes abusos é, ainda hoje, tortuoso para a maior parte da população.<sup>4</sup> A necessidade de coibir estes abusos e proteger os consumidores e as partes vulneráveis em relações contratuais de massa veio dar margem a inúmeras medidas, dentre as quais a mais marcante foi, sem dúvida alguma, a Lei nº 8.078, promulgada em 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

No intuito de atender às “necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo” (art. 4º), valeu-se o código consumerista de uma série de instrumentos como a responsabilidade objetiva do fornecedor, o elenco não-taxativo de cláusulas abusivas, a disciplina de ações coletivas, a previsão expressa de direitos indisponíveis do consumidor como o direito à adequada informação sobre o produto e à inversão do ônus da prova, e assim por diante. Todos esses mecanismos têm declaradamente a finalidade de proteger o consumidor, cuja vulnerabilidade, reconhecida no artigo 4º, inciso I, condiciona a aplicação de todas as normas constantes daquele diploma.

Foi justamente neste artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor que surgiu a primeira previsão moderna da boa-fé objetiva no direito brasileiro, como princípio da política nacional de relações de consumo:

*“Art. 4º. A Política Nacional de Relações de Consumo tem por obje-*

---

(subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente etc.).” (**A Boa-Fé no Direito Privado**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 411-412).

<sup>4</sup> Apesar dos inúmeros avanços obtidos por meio da implementação de uma Defensoria Pública eficiente e dos Juizados Especiais, que procuram atender à demanda contida de ações judiciais entre as classes menos favorecidas. Nas palavras de Luiz Fux, “os Juizados surgem para atuar sobre essa gama de conflitos até então ignorada pelo Estado, oferecendo uma possibilidade de mitigação pelo Poder Judiciário, sem que com isso tenha que submetê-los ao sistema processual vigente que, como é notório, não tem capacidade para absorvê-los, uma vez que impor a essas pessoas o modo tradicional de solução dos conflitos é o mesmo que negar a elas o direito de exigir do Estado que lhes preste jurisdição.” (Luiz Fux, “Considerações Iniciais – A Ideologia dos Juizados Especiais”, in LUIZ FUX e WEBER MARTINS BATISTA, **Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal**,

*tivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:*

*(...)*

*III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”*

O artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor valia-se mais uma vez da boa-fé objetiva, declarando nulas as obrigações que fossem com ela incompatíveis.

*“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:*

*(...)*

*IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.*

Como se pode depreender, a referência dessas normas não é a uma boa-fé subjetiva, como estado de consciência do fornecedor ou do consumidor, mas a uma nova concepção de boa-fé, que, desvinculada das intenções íntimas do sujeito, vem exigir comportamentos objetivamente adequados aos parâmetros de lealdade, honestidade e colaboração no alcance dos fins perseguidos em cada relação obrigacional. Em 1990, tal concepção já era adotada por diversos ordenamentos jurídicos, a partir do § 242 do Código Civil alemão e do artigo 1.375 do Código Civil italiano, e mesmo no Brasil, embora não tivesse ainda previsão legislativa, já era defendida no âmbito doutrinário, como se vê da obra de Clóvis do Couto e Silva:

*“(...) a inexistência, no Código Civil, de artigo semelhante ao § 242 do BGB não impede que o princípio tenha vigência em nosso direito das obrigações, pois se trata de proposição jurídica, com significado de regra de conduta. O mandamento de conduta engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam.”<sup>5</sup>*

Foi esta a concepção de boa-fé adotada pelo Código de Defesa do

<sup>5</sup> CLÓVIS V. DO COUTO E SILVA, **A Obrigação como Processo**, São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 30

Consumidor, como resta claro do comentário dos autores do anteprojeto:

*“O Código adotou, implicitamente, a cláusula geral de boa-fé, que deve reputar-se inserida e existente em todas as relações jurídicas de consumo, ainda que não inscrita expressamente no instrumento contratual.”*<sup>6</sup>

A boa-fé objetiva é, em sua versão original germânica, uma cláusula geral que, assumindo diferentes feições, impõe às partes o dever de colaborarem mutuamente para a consecução dos fins perseguidos com a celebração do contrato. E foi neste sentido que o Código de Defesa do Consumidor a incorporou. Ocorre, contudo, que, por conta da finalidade declaradamente protetiva do código consumerista, também a noção de boa-fé objetiva acabou, na prática jurisprudencial, sendo empregada como instrumento de proteção ao consumidor, embora ontologicamente não se trate de um preceito protetivo, mas de uma sujeição de ambas as partes, e em igual medida, aos padrões objetivos de lealdade e colaboração para os fins contratuais.

A boa-fé objetiva ganhou na jurisprudência brasileira um papel, por assim dizer, reequilibrador de relações não-paritárias, que nada tem com o conceito de boa-fé em si, mas que era fundamento do Código de Defesa do Consumidor em que a cláusula geral de boa-fé vinha inserida. Era natural, portanto, que os tribunais brasileiros, desconhecedores dos contornos dogmáticos da noção de boa-fé objetiva, atribuísem ao instituto finalidade e função que tecnicamente não eram seus, mas do código consumerista. Contribuiu para este fenômeno certa inexperiência do Poder Judiciário brasileiro em lidar com princípios e cláusulas gerais, o que resultava em uma “super-invocação” da boa-fé objetiva como fundamento ético de legitimidade de qualquer decisão, por mais que se estivesse em campos onde a sua aplicação era desnecessária ou até equivocada.<sup>7</sup>

A confusão conceitual era de certa forma inofensiva, porque os conflitos originados em relações de consumo exigiam mesmo uma solução protetiva; e se a boa-fé era invocada muitas vezes de forma incorreta à luz da ciência do direito, para exercer funções que eram, a rigor, próprias de outros mecanismos, isto, na prática, pouco importava desde que a solução alcançada fosse aquela mais favorável ao consumidor.

<sup>6</sup> NELSON NERY JÚNIOR *et alii*, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 500.

<sup>7</sup> Confira-se decisão proferida, em 6.12.2001, no âmbito do Recurso Especial 330.261/SC, em que o Superior Tribunal de Justiça invocou o princípio da boa-fé objetiva para reprimir situação que reconheceu como sendo de inadimplemento contratual e de clara violação a decisão judicial e a dispositivo legal expresso.

## 2. A boa-fé objetiva no novo Código Civil. Riscos de uma invocação vazia de conteúdo.

Até janeiro de 2003, o ordenamento positivo brasileiro mantinha a boa-fé objetiva no âmbito das relações de consumo. A jurisprudência, contudo, já estendia a sua aplicação a relações contratuais em que se verificasse a presença de uma parte vulnerável a ser protegida. Continuavam raros os casos de aplicação do instituto a relações contratuais paritárias. De fato, os tribunais brasileiros haviam se acostumado a compreender e a aplicar a boa-fé objetiva como um princípio reequilibrador e de forte caráter protetivo, e, por esta razão, relutavam em estender sua incidência às relações contratuais em que não se vislumbrasse a vulnerabilidade de uma das partes.

O novo Código Civil brasileiro veio corrigir esta tendência, prevendo expressamente a aplicação do princípio da boa-fé objetiva às relações contratuais comuns, independentemente de qualquer vulnerabilidade presumida ou demonstrada:

*“Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”<sup>8</sup>*

Não há dúvida de que a noção de boa-fé objetiva, prevista pelo novo Código Civil, é a mesma que, em 1990, se pretendeu incorporar ao Código de Defesa do Consumidor – qual seja, a de uma cláusula geral de lealdade e colaboração para o alcance dos fins contratuais –, mas difere profundamente daquela versão protetiva da boa-fé que os tribunais brasileiros aplicaram e continuam aplicando às relações de consumo. De fato, a noção de boa-fé não tem ontologicamente este caráter protetivo. E em relações paritárias, como as que são tuteladas pelo Código Civil, não faz sentido atribuir uma função reequilibradora à boa-fé, pela simples razão de que, a princípio, não há, nestas relações, desequilíbrio a corrigir.

Mais: aquela invocação indiscriminada da boa-fé objetiva como referência ética genérica, se era inofensiva nas relações de consumo, onde um sem-número de outros mecanismos a ela se somavam na indicação

<sup>8</sup> A importância da consagração expressa da boa-fé objetiva no novo Código Civil é ressaltada por JUDITH MARTINS-COSTA, **Comentários ao Novo Código Civil**, v. V, tomo I (*Do Direito das Obrigações. Do Adimplemento e da Extinção das Obrigações*), Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 45-46: “Na sua face objetiva, o comportamento segundo a boa-fé – que antes do novo Código vinha sendo deduzida pela doutrina e pela jurisprudência de um ‘princípio implícito’, ou por analogia ao art. 131 do Código Comercial – hoje não só decorre da expressividade legal quanto domina e polariza todo o Direito das Obrigações em vista da estrutura codificada, ligando-se aos regimes específicos do Direito Contratual, do Enriquecimento sem Causa, dos Títulos de Crédito, do Direito da Empresa e da Obrigação de Indenizar, bem como aos comandos abrangentes da Parte Geral.”

de uma solução favorável ao consumidor, torna-se altamente perigosa nas relações paritárias. Isto porque não havendo, nestas relações, uma definição apriorística de que parte se deve proteger, torna-se necessário, para se chegar à solução adequada, preencher o conteúdo da boa-fé objetiva, não bastando mais a sua simples invocação vazia de qualquer consideração concreta.<sup>9</sup> Ao contrário do que ocorre nas relações de consumo, nas relações paritárias a insistência nesta concepção excessivamente vaga e puramente moral da boa-fé objetiva traz o risco de sua absoluta falta de efetividade na solução dos conflitos de interesses.

Daí a importância de se buscar, com o advento do novo Código Civil, definir com maior precisão os contornos dogmáticos da boa-fé objetiva, em especial as suas funções e os seus limites.

### **3. A chamada tríplice função da boa-fé objetiva. A questão central dos deveres anexos.**

O novo Código Civil não estabeleceu parâmetros ou *standards* de conduta que servissem de auxílio na determinação do conteúdo da cláusula geral de boa-fé. Tal tarefa foi deixada à discricionariedade do julgador, a quem caberá analisar a situação concreta, o comportamento usual dos agentes naquele campo específico, a honestidade e a lealdade que se espera das partes em relações semelhantes, e outros tantos fatores.

O que resta claro, todavia, é que a boa-fé não pode servir a qualquer fim. A doutrina brasileira, na esteira dos autores germânicos,<sup>10</sup> atribui à boa-fé uma tríplice função, assim composta: (i) função interpretativa dos contratos; (ii) função restritiva do exercício abusivo de direitos contratuais; e (iii) função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal, como o dever de informação e o dever de lealdade.

Na primeira função, alude-se à boa-fé como critério hermenêutico, exigindo que a interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o sentido mais conforme à lealdade e à honestidade entre as partes. Proíbe-

<sup>9</sup> Sobre o tema, a crítica do autor português ANTONIO MANUEL DA ROCHA E MENEZES CORDEIRO: "O recurso puro e simples a uma boa-fé despidida de quaisquer precisões torna-se, perante essa relação de necessidade, num expediente insatisfatório para a Ciência do Direito e insuficiente para a prática jurídica: não explica as soluções encontradas e não permite, por si, solucionar casos concretos novos. No fundo, a boa-fé funciona, aí, como apoio linguístico para soluções encontradas com base noutros raciocínios – ou na pura afetividade – ou como esquema privilegiado de conseguir amparo numa disposição legal – a que consagra a boa-fé – para a solução defendida." (*Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra: Almedina, 1997, p. 753).

<sup>10</sup> A classificação amplamente adotada na doutrina brasileira é originalmente encontrada em FRANZ WIEACKER, *El principio general de la buena fé*, trad. espanhola de Jose Luis de los Mozos, Madrid: Civitas, 1976, cap. IV.

se, assim, a interpretação que dê a uma disposição contratual um sentido malicioso ou de qualquer forma dirigido a iludir ou prejudicar uma das partes, em benefício da outra.<sup>11</sup> O novo Código Civil consagrou, em seu artigo 113, o papel hermenêutico da boa-fé objetiva, ao determinar:

*“Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”*

No que tange à segunda função indicada, a boa-fé vem servir de limite para o exercício de direitos no âmbito de uma relação contratual. Afigura-se assim como critério para diferenciação entre o exercício regular e o exercício irregular ou abusivo – e, portanto, vedado – de direitos frente à outra parte na relação contratual. Tal função da boa-fé foi incorporada no artigo 187 do novo Código Civil, que definiu de forma eclética a figura do abuso de direito:

*“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”*

Por fim, a boa-fé exerce o papel de fonte criadora de deveres anexos à prestação principal. Assim, impõe-se às partes deveres outros que não aqueles previstos no contrato: deveres de lealdade, de proteção e de esclarecimento ou informação.<sup>12</sup> Tal função da boa-fé objetiva, embora menos aparente no novo Código Civil, pode ser, em conformidade com a melhor doutrina e à semelhança da interpretação atribuída ao § 242 do BGB, deduzida do já transcrito artigo 422 do diploma brasileiro.

A rigor, as três funções apontadas acima poderiam ser reduzidas a apenas duas: (i) a função interpretativa dos contratos e (ii) a função criadora de deveres anexos. Tecnicamente, são estes deveres anexos, que formando o núcleo da cláusula geral de boa-fé, se impõem ora de forma positiva, exigindo dos contratantes determinado comportamento, ora de forma negativa, restringindo ou condicionando o exercício de um direito previsto em lei ou no próprio contrato.<sup>13</sup>

11 Sobre a boa-fé como critério de interpretação contratual, ver, entre outros, Maria Costanza, *Profili dell'Interpretazione del Contratto secondo Buona Fede*, Milano: Dott. A. Giuffrè Ed., 1989, passim.

12 Tal tripartição é adotada, para fins didáticos, por Menezes Cordeiro, ob. cit., p. 605 e seguintes. Ressalte-se, entretanto, que tais deveres não têm conteúdo fechado. De fato, qualquer tipificação dos deveres anexos é inviável, porque derivam da relação obrigacional concreta, e inconveniente, porque limitaria uma cláusula que se pretende geral.

13 As consequências são diferenciadas em um e outro caso. Quando um contratante exerce uma conduta não autorizada por qualquer norma jurídica, desta conduta resultando violação a um dever anexo imposto pela boa-fé, ocorre tecnicamente ato ilícito. Quando um contratante exerce uma conduta autorizada pela lei ou pelo contrato mas, com este exercício, viola deveres anexos impostos pela boa-fé, ocorre ato abusivo. As figuras, apesar da redação do artigo 187, não se confundem.



Estes deveres anexos, todavia, não incidem de forma ilimitada. Seria absurdo supor que a boa-fé objetiva criasse, por exemplo, um dever de informação apto a exigir de cada contratante esclarecimentos acerca de todos os aspectos da sua atividade econômica ou de sua vida privada. Assim, se é certo que o vendedor de um automóvel tem o dever – imposto pela boa-fé objetiva – de informar o comprador acerca dos defeitos do veículo, não tem, por certo, o dever de prestar ao comprador esclarecimentos sobre sua preferência partidária, sua vida familiar ou seus hábitos cotidianos. Um dever de informação assim concebido mostrar-se-ia não apenas exagerado, mas também irreal, porque seu cumprimento seria, na prática, impossível tendo em vista a amplitude do campo de informações. Faz-se necessário, portanto, identificar o critério que determina os limites do dever de informação e dos demais deveres anexos, sob pena de inviabilizar a própria aplicação da cláusula geral de boa-fé.

#### 4. Os limites da boa-fé objetiva. A função social e econômica do contrato.

A discussão acerca dos limites da boa-fé objetiva, e mais especificamente do conteúdo dos deveres anexos, ao contrário de restringir, amplia a aplicação da boa-fé objetiva porque a torna mais eficaz, o que é indispensável nas relações paritárias, em que não há um regime inteiramente voltado para a proteção de uma parte mais vulnerável, como ocorre com o Código de Defesa do Consumidor.

A busca dos limites ao conteúdo dos deveres criados pela boa-fé tem início e fim no seu próprio conceito. De fato, basta lembrar que os deveres criados pela boa-fé são deveres anexos às prestações estabelecidas no contrato. Voltam-se, portanto, para aqueles interesses comuns às partes, objetivamente consagrados no contrato – entendido substancialmente, como núcleo compartilhado destes interesses, e não como mero instrumento formal de registro das intenções dos contratantes. É, portanto, a própria função social e econômica do contrato que deve servir de limite à incidência da boa-fé objetiva.

A afirmação não é inovadora; já se encontrava implícita em toda a construção do conceito de boa-fé objetiva, como se vê da doutrina estrangeira e pátria. Veja-se, a título de exemplo, a opinião do professor espanhol Jose Luis de los Mozos:

*“(...) sua aplicação [da boa-fé objetiva] requer volver à natureza da coisa, quer dizer, à lógica do preceito ou à natureza da relação jurídica em que atua; não cabe, pois, um arbítrio indefinido ou imoderado na aplicação de critérios éticos ou de razões sociais, senão proporcionado **secundum speciem rationem**.”*<sup>14</sup>

<sup>14</sup> JOSE LUIS DE LOS MOZOS, **Derecho Civil – Método**, Madrid: Civitas, 1988, p. 227.



No mesmo sentido, manifesta-se a doutrina italiana:

*“Ciò che emerge da quanto sinora esposto è che la buona fede non può concretizzarsi se non avendo riguardo alle fattispecie contrattuali in se, ovvero al suo contenuto volontaristico, e ancora più precisamente alla pianificazione economica in cui si sostanzia il contratto.”*<sup>15</sup>

Não é outra a lição extraída pela doutrina e jurisprudência alemãs do § 242 do BGB, origem do art. 422 do novo Código Civil brasileiro, como registram os especialistas:

*“a partir desses dispositivos que regulavam uma inédita figura batizada de **Leistung nach Treu und Glauben**, os juristas tedescos começaram a identificar obrigações anexas, não expressas nos contratos, mas que decorriam da própria natureza do vínculo assumido (...)”*<sup>16</sup>

De volta ao exemplo da venda de automóvel, é de se concluir, portanto, que o comprador está legitimado a exigir, e que o vendedor tem o dever de fornecer, informações relativas ao próprio veículo ou ao contrato de compra e venda em si, na medida em que tais informações se relacionam à função social e econômica do contrato. Entretanto, não se pode admitir que o comprador alegue violação do dever de informação pelo vendedor que não relatou suas preferências políticas ou sua crença religiosa, porque tais informações, ainda que possam ser do interesse do comprador – e para ele efetivamente relevantes, dependendo de suas convicções pessoais –, não correspondem a um interesse legítimo que resulte diretamente ou que esteja objetivamente contido na função social e econômica do contrato celebrado.

É certo, assim, que os deveres anexos impostos pela boa-fé objetiva se aplicam às relações contratuais independentemente de previsão expressa no contrato, mas seu conteúdo está indissociavelmente vinculado e limitado pela função socioeconômica do negócio celebrado. O que o ordenamento jurídico visa com o princípio da boa-fé objetiva – já se disse – é assegurar que as partes colaborarão mutuamente para a consecução dos fins comuns perseguidos com o contrato.<sup>17</sup> Não se exige que o contratante colabore com

<sup>15</sup> GIOVANNI MARIA UDA, “Buona Fede Oggettiva ed Economia Contrattuale”, in **Rivista di Diritto Civile**, ano XXXVI, p. 370. Em tradução livre: “Aquilo que emerge do até aqui exposto é que a boa-fé não pode concretizar-se se não tendo em vista os suportes fáticos contratuais em si, ou seja, o seu conteúdo voluntarista, e ainda mais precisamente a *planificação econômica na qual se substancia o contrato*” (original não grifado).

<sup>16</sup> DANIEL USTÁRROZ, “As origens da boa-fé objetiva no novo Código Civil”, in **Síntese**, jan. 2003, p. 3.

<sup>17</sup> “In tal modo la buona fede si concretizza in obblighi contrattuali specifici che, per l'appunto, trovano il loro fondamento nell'economia del contratto e mirano a far sì che anche gli interessi dell'altra parte, *relativi al rapporto economico così come voluto dai contraenti*, siano salvaguardati.” (GIOVANNI MARIA UDA, ob. cit., p. 370). Em tradução livre: “Em tal modo, a boa-fé se concretiza em deveres contratuais específicos que, por isso mesmo, encontram o seu fundamento na economia do contrato e visam a fazer com que também os interesses da outra parte, relativos à relação econômica nos termos pretendidos pelos contratantes, sejam salvaguardados.”

o interesse privado e individual da contraparte. Tais interesses individuais mostram-se, muitas vezes, antagônicos, o que inviabiliza a cooperação. Não há dúvida, por exemplo, de que, em uma situação de reajuste de aluguel, o locador terá interesse em chegar ao maior valor possível, enquanto o interesse do locatário será diametralmente oposto. Exigir do locatário que adote uma interpretação do contrato ou que colabore, de algum modo, para a adoção de um valor superior (que corresponde ao interesse individual e privado do locador) apresenta-se absolutamente irreal e desnecessário, visto que a perseguição de interesses contrapostos não é empecilho para a construção de um ambiente contratual ético e compatível com a ordem jurídica.

### **5. O não-sacrifício de posições contratuais. A legitimidade das situações de vantagem.**

Justamente por não exigir a proteção aos interesses íntimos e privados da contraparte, mas somente a colaboração para aqueles interesses objetivamente extraídos da própria realização do negócio, a boa-fé objetiva não importa em sacrifício de posições contratuais de vantagem. Em outras palavras, as partes, na prática, concorrem – e o direito não veda, em relações paritárias, que concorram – entre si na aquisição e manutenção de posições prevalentes e de proteção, o que é da essência das relações negociais. O comprador deseja o menor preço, o vendedor o maior, e não há como esperar que renunciem a tais interesses, que são da lógica do negócio. A boa-fé, seja por meio da imposição positiva de deveres anexos, seja por meio da proibição de exercer abusivamente (em contrariedade aos deveres anexos) os direitos contratuais, não implica renúncia a tais direitos ou às situações de preponderância que possam vir a ocorrer no curso da relação obrigacional.

Mostra-se clara nesta direção a evolução da doutrina italiana que tem se ocupado do princípio da boa-fé objetiva:

*“(...) all'esigenza di solidarietà, di cui è espressione l'obbligo di buona fede, si contrappone la necessità di lasciare una certa libertà di manovra agli interessi in lotta, libertà di procurarsi e mantenere posizioni di vantaggio.”<sup>18</sup>*

*“(...) la circolazione dei beni e delle ricchezze è governata – si dice –*

---

<sup>18</sup> C. PEDRAZZI, **Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio**, Milano, 1955, p. 206. Corroborando a afirmação, GUIDO ALPA, “Responsabilità Precontrattuale”, in **Enciclopedia Giuridica**, v. XXVII, Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991, p. 5. Em tradução livre: “À exigência de solidariedade, da qual é expressão o dever de boa-fé, contrapõem-se a necessidade de deixar uma certa liberdade de manobra aos interesses em luta, liberdade de perseguir para si e manter posições de vantagem.”

*da regole di competizione e di concorrenza, alle quali specularmente corrisponde la libertà di procurarsi e mantenere posizioni di vantaggio, anche sul piano informativo, in tutti i casi in cui ciò non si traduca in violazione di precise disposizioni normative o di principi generali dell'ordinamento giuridico.*"<sup>19</sup>

Sustentar o contrário traduz puro romantismo, ao qual as relações patrimoniais e a prática contratual não podem se adaptar.<sup>20</sup> A concorrência por posições prevalentes e um certo grau de disputa em prol de interesses contrapostos é inerente a qualquer negócio jurídico. E se é evidente que, em relações de consumo, o direito deve atuar de forma protetiva, em atenção à vulnerabilidade do consumidor, utilizando-se dos mecanismos próprios (e mesmo dos impróprios, se outros não estiverem disponíveis por qualquer razão) para reequilibrar a relação entre as partes, é igualmente evidente que, nas relações paritárias, o direito não vem proteger qualquer das partes, mas exigir de ambas uma atuação honesta e leal (eis o que exige a boa-fé objetiva) e conforme aos valores consagrados pelo ordenamento civil-constitucional.

Em relações não caracterizadas pela vulnerabilidade de qualquer das partes, é imprescindível conceber a boa-fé na sua real extensão: como princípio que exige lealdade e honestidade, impondo deveres de colaboração que são condicionados e limitados pela função social e econômica do negócio celebrado. Isto se torna ainda mais evidente naquelas relações de ordem mercantil.

## **6. A boa-fé objetiva nas relações mercantis e societárias. Os diferentes níveis de boa-fé.**

O novo Código Civil ocupou-se, em seu Livro II, do chamado Direito da Empresa, assumindo, ao menos em parte, o caráter de diploma unificador do direito privado. Sem embargo das inúmeras críticas que possam derivar de tal postura e principalmente da forma como a matéria societária veio regulada no novo diploma, é preciso atentar para a ampliação que daí resultou para o âmbito das relações obrigacionais regidas pelo Código Civil. De fato, as relações mercantis que antes sofriam incidência de norma especial, passaram a se inserir integralmente na disciplina das obrigações e contratos do código

<sup>19</sup> GIUSEPPE GRISI, *L'Obbligo Precontrattuale di Informazione*, Jovene Editore, 1990, p. 82-83. Em tradução livre: "a circulação de bens e das riquezas é governada – costuma-se dizer – por regras de competição e de concorrência, às quais de maneira reflexa corresponde a liberdade de perseguir para si e manter posições de vantagem, também no plano das informações, em todos os casos em que isto não se traduza em violação de precisas disposições normativas ou de princípios gerais do ordenamento jurídico".

<sup>20</sup> A advertência é de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, "Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos", in *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 1, p. 8: "(...) daí até mesmo uma visão talvez excessivamente romântica, de que os contratantes devem colaborar entre si".

de 2002. Também a esta diversidade de conteúdo das relações tuteladas deve estar atento o magistrado ao aplicar a cláusula geral da boa-fé objetiva.

É evidente que a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas relações mercantis e societárias deve repercutir de modo diverso daquele que se tem vislumbrado no âmbito consumerista. O campo interempresarial não é apenas paritário, no sentido de que não há flagrante desequilíbrio entre as partes a ser corrigido pela atividade jurisdicional, mas se caracteriza, ainda, pela presença de pessoas jurídicas, que, em situação de equilíbrio econômico e jurídico, negociam direitos e obrigações, de forma puramente patrimonial, e até matemática, de modo que à aquisição de cada direito corresponde um custo que, de uma forma ou de outra, acaba incorporada ao preço da operação.

O ambiente comercial e societário e, em particular, o ambiente interempresarial, são palco de interesses distintos daqueles que guiam as relações obrigacionais comuns, e se encontram ainda mais distantes dos valores existenciais que recomendam uma tutela protetiva. Veja-se, a respeito, a lição de Pietro Perlingieri, em tudo aplicável ao direito brasileiro:

*“Se a tutela da pessoa humana afunda suas raízes na cláusula geral presente no art. 2º da Constituição e qualquer aspecto ou interesse concernente à pessoa é tutelado na medida em que sejam essenciais ao seu pleno e livre desenvolvimento, é também verdade que qualquer interesse, referido às pessoas jurídicas, não somente assume significados diferentes, mas recebe também uma tutela que encontra um distinto fundamento. (...) É necessário adquirir consciência da identidade apenas aparente de problemáticas, como, por exemplo, o segredo, a privacidade e a informação. Estes aspectos assumem valor existencial unicamente para a pessoa humana; nas pessoas jurídicas, exprimem interesses diversos, o mais das vezes de natureza patrimonial. O sigilo industrial, o sigilo bancário, etc. podem também ser em parte garantidos pelo ordenamento, mas não com base na cláusula geral de tutela da pessoa humana. Deve ser recusada, por exemplo, a tentativa de justificar o sigilo bancário como tutela da privacidade. Esta exprime um valor existencial (o respeito da intimidade da vida privada da pessoa física); aquele, um interesse patrimonial do banco e/ou do cliente.”*<sup>21</sup>

Com efeito, a boa-fé objetiva não pode ser aplicada da mesma forma às relações de consumo e às relações mercantis ou societárias, pela simples razão de que os *standards* de comportamento são distintos.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> PIETRO PERLINGIERI, **Perfis de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 157-158.

<sup>22</sup> "Naturalmente, há várias determinações possíveis, segundo o tipo de área de atividade ou de negócios que as partes estão fazendo. Já nas Ordenações do Reino se prescrevia que quem compra cavalo no mercado de Évora não tem direito aos vícios redibitórios. Os *standards* variam. Se um sujeito vai negociar no mercado de objetos usados, em feira de troca, a boa-fé exigida do vendedor não pode ser igual à de uma loja muito fina, de muito nome, ou à de outro negócio, em que há um pressuposto de cuidado." (ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, ob. cit., p. 4).

Assim, enquanto no exemplo da compra e venda de um automóvel exige-se que o vendedor forneça ao comprador toda informação relevante acerca do veículo e qualquer outro dado relacionado à função social e econômica do contrato, a aquisição de controle de uma determinada sociedade, por outro lado, envolve normalmente uma avaliação dos custos, riscos e passivos da sociedade (*due diligence*) pela própria empresa adquirente, o que, se não isenta o alienante do seu dever de informação, reduz evidentemente a sua intensidade.

## 7. Conclusão.

Como se viu, a boa-fé objetiva desenvolveu-se na prática jurisprudencial brasileira como um instituto vinculado aos fins protetivos que não são inerentes ao seu conceito dogmático, mas que antes lhe eram transmitidos pelo Código de Defesa do Consumidor, diploma responsável pelo seu ingresso em nosso ordenamento positivo. A boa-fé objetiva aparece assim em inúmeras decisões como uma referência genérica e abstrata a valores éticos, exercendo cumulativa ou substitutivamente funções de outros institutos já consagrados na legislação consumerista. O fenômeno era inofensivo, na medida em que se alcançava o fim desejado, que era a proteção ao consumidor.

O advento do novo Código Civil impõe, todavia, o fim da confusão conceitual. Ao consagrar o princípio da boa-fé objetiva e consolidar sua aplicabilidade a relações paritárias, o novo Código Civil exige que os tribunais brasileiros o utilizem na busca de soluções concretas, que não se justificam mais pela proteção final ao consumidor ou à parte mais vulnerável, simplesmente porque estas relações não são, a princípio, caracterizadas por qualquer vulnerabilidade. Faz-se necessário, portanto, trabalhar efetivamente sobre o conteúdo da cláusula geral de boa-fé objetiva, precisando suas funções e seus limites, e separando do núcleo do instituto o caráter protetivo que lhe foi emprestado pelo Código de Defesa do Consumidor. Entender o contrário é insistir em uma invocação abstrata e ineficaz da boa-fé objetiva, ou, pior, aplicar a relações paritárias, e até mesmo a relações mercantis e societárias que o novo Código Civil veio contemplar, um conceito de boa-fé objetiva transfigurado por uma proteção que não se justifica fora das relações de consumo e das demais relações marcadas pela vulnerabilidade. □